

《厦门大学法律评论》总第十三辑  
厦门大学出版社 2007 年 6 月版  
《国际法批判法学派述评》  
第 197 页 ~ 第 227 页

# 国际法批判法学派述评

柳 磊 \*

## 目 次

- 一、引言
- 二、国际法批判法学派的研究概况
- 三、国际法批判法学派的主要思想
- 四、对国际法批判法学派的反思

## 一、引 言

1977 年春,美国威斯康星大学召开了第一次批判法律研究大会,由此美国批判法律研究运动(the critical legal studies movement)的帷幕得以拉开。此后,批判法律研究运动在美国乃至整个西方法学界开展得轰轰烈烈,一步一步走向兴盛,形成了一股反西方法律传统的学术思潮和一个具有叛逆性和颠覆性意义的法学流派——批判法学(critical legal studies)。

批判法学对西方自由主义传统的法律制度进行了系统的批判。对此,

---

\* 柳磊:1982 年生,厦门大学法学院国际法专业 2006 级博士研究生。电子邮件:andyliulei@yahoo.com.cn。

国内有关论著已有翔实的介绍和精到的分析。然而概观这些文献,却鲜见论及国际法批判法学派(critical international legal theory ,critical international law ,或者称为国际法学说中的批判法学派、国际法的批判法学研究、批判的国际法方法)这一领域的内容。国内研究批判法学最权威的学者朱景文先生主编的《对西方法律传统的挑战——美国批判法律研究运动》一书,在分节阐述了批判法学对宪法、合同法、侵权法、刑法、劳动法、法律推理、律师制度、法律教育的批判后,却对国际法的批判付诸阙如。也许由于此书重在介绍批判法学对美国法律制度的批判,而未去涉足国际法领域,但这对于一本研究批判法学的权威著作来说无论如何都是一种缺憾。有鉴于此,本文意欲对国际法批判法学派这一“国际法学研究的新潮流”(new stream) 做一些探索。应该说这一方面是对批判法学内容的补充,另一方面也是对国际法理论研究的拓展。

## 二、国际法批判法学派的研究概况

谈到国际法批判法学派的产生和发展,英国国际法学者蒂姆·希利尔(Tim Hillier)指出,一个主要的原因在于“主权国家影响力的明显下降,特别是在巴尔干半岛以及东欧其他地区所发生的事件中”。希利尔在此所要表述的意思是东欧剧变引发了部分国际法学者借助批判法学的思想和方法对主权问题的重新审视。而国际法批判法学派的核心思想之一正是对主权概念的批判法学解构。因此应该说,希利尔的这句话道出了促使国际法学者对批判法学思想或方法产生兴趣的现实原因。也因此,我们看到只是到了20世纪80年代中期以后,大量国际法批判法学派的论著才涌现出来。

---

David Kennedy, A New Stream of International Law Scholarship, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 7, No. 1, 1988, p. 1.

Tim Hillier, *Principles of Public International Law* (2nd edition), London/Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1999, 杨泽伟编注,中国人民大学出版社2005年版,第8页。

关于对主权概念的批判法学解构,请参见后文。

国际法批判法学派的思想渊源,毫无疑问来自于引言中所提到的那场浩浩荡荡的批判法律研究运动。“国际法律理论中的新潮流乃是当代法律理论中被通称为批判法律研究或批判法学的那场较为宽泛的运动的一部分。”“国际法律理论中的新潮流是批判法学的方法在国际领域的运用”。具体来看,与批判法学相似,国际法批判法学派的直接理论渊源包括规范哲学、批判理论、结构主义、人类学、政治学、语言学、文学、社会学、政治学和心理学等内容。其深层次的理论根源则与哲学上的后现代主义转向有关。以至于,国际法批判法学派的理论被称作“后现代国际法理论”(postmodern international legal theory);国际法批判法学派的研究被称作是“所谓的后现代国际法方法”(a so-called postmodern approach to international law)。

也许是由于国际法这门学科本身鲜明的国际性特色,国际法批判法学派的学者虽然以美国学者居多,但也并不局限于美国国内。这种状况所导致的直接后果就是我们难以界定国际法批判法学派的发源地。正如奈杰尔·珀维所说:“当代国际法批判法学派的起源国难以确定。一方面,这一新思潮显然是欧洲的。这一运动的知识基础植根于二十世纪的欧洲大陆——尤其是植根于批判理论和结构主义中。采用批判视角的国际法的三

---

Nigel Purvis, Critical Legal Studies in Public International Law, *Harvard International Law Journal*, Vol. 12, No. 1, 1991, p. 89.

Thomas Schindlmayr, Sovereignty, Legal Regimes and International Migration, *International Migration*, Vol. 41, No. 2, 2003, p. 109.

Nigel Purvis, Critical Legal Studies in Public International Law, *Harvard International Law Journal*, Vol. 12, No. 1, 1991, pp. 88 ~ 89.

Andreas Paulus, International Law After Postmodernism: Towards Renewal or Decline of International Law?, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, 2001, p. 727.

Andreas Paulus, International Law After Postmodernism: Towards Renewal or Decline of International Law?, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, 2001, p. 727.

Anthony Carty, Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law, *European Journal of International Law*, Vol. 2, 1991, p. 66.

部长篇著作中,有两部都是欧洲学者撰写的。另一方面,孕育国际法理论中这一新思潮的当代学术环境毫无疑问是美国的。如同一般的批判法律研究一样,绝大多数关于这一新思潮的著述都是由美国学者完成并且发表在美国的法学杂志上的。而且值得注意的是,对这一新思潮的历史和系统的研究也倾向于将重心置于美国学者上。<sup>⑩</sup>

国际法批判法学派的学者主要有:大卫·肯尼迪(David Kennedy)、马尔蒂·科斯肯涅米(Martti Koskeniemi)、安东尼·卡蒂(Anthony Carty)、菲利普·阿洛特(Philip Allott)、弗里德里希·B.克拉托其威尔(Friedrich B. Kratochwil)、厄利希·法斯滕拉特(Ulich Fastenrath)、奈杰尔·珀维斯(Nigel Purvis)、菲利普·R.特姆鲍(Philip R. Trimble)等。珀维斯提到的“采用批判视角的国际法的三部长篇著作”,分别是大卫·肯尼迪的《国际法律结构》、马尔蒂·科斯肯涅米的《从辩解到乌托邦:国际法律争论的结构》以及安东尼·卡蒂的《国际法的衰落?:重估国际事务中法律想像的限制》。应当说这三位学者是国际法批判法学派的“主将”。下面简要介绍一下上述学者。<sup>⑪</sup>

大卫·肯尼迪(David Kennedy),美国哈佛大学法学院教授,他最早将批判法学的观点应用于国际法的研究。其代表性著作是:《国际法律结

---

<sup>⑩</sup> Nigel Purvis, Critical Legal Studies in Public International Law, *Harvard International Law Journal*, Vol. 12, No. 1, 1991, pp. 89 ~ 90.

<sup>⑪</sup> 当然,20世纪80年代中期到90年代中期这10年间,应用批判法学的方法研究国际法在西方一度成为一种时尚。除了上述学者之外,尚有很多学者曾进行过相关研究,而且他们之中有的也发表过非常有价值的论文,譬如理查德·L. O. 米若(Richard L. O. Meara)的论文《国际法的批判法学在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事行动案中的应用》(*Applying the Critical Jurisprudence of International Law to the Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*)。但是,由于他们的研究涉及的是国际法的具体问题而非一般性问题,此外他们在学术上的影响较上述学者相对要小一些,所以本文就不再一一列举以求穷尽了。

构》<sup>⑫</sup>;代表性论文有:《国际法律话语的摇摆》<sup>⑬</sup>、《原始法学》<sup>⑭</sup>、《批判理论、结构主义和当代法学》<sup>⑮</sup>、《国际法学的新思潮》<sup>⑯</sup>和《国际法新方法:参考文献》<sup>⑰</sup>等。这里需要特别指出的是我们要区别“两个肯尼迪”——邓肯·肯尼迪(Duncan Kennedy)和大卫·肯尼迪。邓肯·肯尼迪也是美国哈佛大学的教授,而且也致力于批判法学研究。不过作为批判法学研究最著名的代表人物之一,邓肯·肯尼迪在批判法律研究运动中发挥着组织和领导作用,因此人们称其为批判法律研究的“教皇”。<sup>⑱</sup>大卫·肯尼迪则是最早进行国际法批判法学派的研究,因此可谓国际法批判法学派的“教皇”。

马尔蒂·科斯肯涅米(Martti Koskenniemi),芬兰赫尔辛基大学国际法教授,Erik Castrén 国际法和人权研究所主任,联合国国际法委员会委员,国际法研究院院士。马尔蒂·科斯肯涅米是美国境外研究国际法批判法学派最著名和影响最大的学者。其代表性著作是:《从辩解到乌托邦:国际法律争论的结构》<sup>⑲</sup>、《国家的温和开化者:1870—1960 阶段的国际法盛

---

<sup>⑫</sup> David Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden: Nomos, 1987.

<sup>⑬</sup> David Kennedy, Theses About International Law Discourse, *German Yearbook of International Law*, Vol. 23, 1980, pp. 353 ~ 376.

<sup>⑭</sup> David Kennedy, Primitive Legal Scholarship, *Harvard International Law Journal*, Vol. 27, 1986, No. 1, pp. 1 ~ 98.

<sup>⑮</sup> David Kennedy, Critical Theory, Structuralism Contemporary Legal Scholarship, *New England Law Review*, Vol. 21, 1985—1986, pp. 209 ~ 289.

<sup>⑯</sup> David Kennedy, A New Stream of International Law Scholarship, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 7, No. 1, 1988, pp. 1 ~ 49.

<sup>⑰</sup> David Kennedy, Chris Tennant, New Approach to International Law: A Bibliography, *Harvard International Law Journal*, Vol. 35, 1994, pp. 417 ~ 460.

<sup>⑱</sup> 朱景文主编:《对西方法律传统的挑战——美国批判法律研究运动》,中国检察出版社 1996 年版,第 42 页。该书对邓肯·肯尼迪的学术生涯和思想有详细的介绍,可参考该书第 42 页。不过该书在其附录《批判法律研究运动的主要著作和论文》中便将大卫·肯尼迪的两篇论文(《批判理论、结构主义和当代法学》和《国际法学的新思潮》)归于邓肯·肯尼迪的名下(参见该书第 429 页),这种混淆是该书的一处小小瑕疵。

<sup>⑲</sup> Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1989, Re-issued with Epilogue by Cambridge University Press, 2005.

衰史》<sup>②①</sup>,代表性论文是:《国际法的政治学》<sup>②②</sup>等。

安东尼·卡蒂(Anthony Carty),英国威斯敏斯特大学法学院教授。其代表性著作为《国际法的衰落?:重估国际事务中法律想象的限制》<sup>②③</sup>,代表性论文是:《批判的国际法:国际法理论中的新近潮流》<sup>②④</sup>等。

菲利普·阿洛特(Philip Allott),英国剑桥大学教授,三一学院研究员。其代表性著作为《欧诺弥亚:新世界的新秩序》<sup>②⑤</sup>,代表性论文有:《语言、方法和国际法的性质》<sup>②⑥</sup>等。

弗里德里希·B.克拉托其韦尔(Friedrich B. Kratochwil),现为意大利欧洲大学研究所教授。其代表性著作为:《规则、规范和决定:论国际关系和国内事务中实践和法律推理的条件》<sup>②⑦</sup>。

厄利希·法斯滕拉特(Ulich Fastenrath),德国德累斯顿大学教授,曾任海牙国际法院法官。其代表性著作为:《国际公法中的缺陷》<sup>②⑧</sup>。

奈杰尔·珀维斯(Nigel Purvis),美国华盛顿布鲁金斯学会环境、发展

---

<sup>②①</sup> Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870—1960*, Cambridge University Press, 2002.

<sup>②②</sup> Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law*, *European Journal of International Law*, Vol. 1, 1990, pp. 4~32.

<sup>②③</sup> Anthony Carty, *The Decay of International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester University Press, 1986.

<sup>②④</sup> Anthony Carty, *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law*, *European Journal of International Law*, Vol. 2, 1991, pp. 66~96.

<sup>②⑤</sup> Philip Allott, *Eunomia: New Order for a New World*, Oxford University Press, 1990.

<sup>②⑥</sup> Philip Allott, *Language, Method and the Nature of International Law*, *British Yearbook of International Law* (1971), pp. 79~135.

<sup>②⑦</sup> Friedrich V. Kratochwil, *Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge University Press, 1989.

<sup>②⑧</sup> Ulich Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht (Lacunae in Public International Law)*, Duncker Humblot, Berlin, 1991.

和全球问题学者。其代表性论文是:《国际公法中的批判法学研究》<sup>②8</sup>。

菲利普·R. 特姆鲍(Philip R. Trimble),美国加利福尼亚大学洛杉矶分校教授。其代表性论文是:《国际法、世界秩序和批判法学研究》<sup>②9</sup>。

应当说,国际法批判法学派的学者数目是相当有限的。据奈杰尔·珀维斯的统计,国际法批判法学派的学者共有12位。这其中只有5位学者专门撰写过著作,从批判法学的视角系统研究国际法。因此,珀维斯认为,“新潮流”(国际法的批判法学研究)并不能如同批判法律研究那样被界定为一场运动,而只能被视为现代国际法学研究在晚近的一个分支,甚至连“潮流”(stream)都谈不上。<sup>③0</sup>

尽管在人数上不占优势,但是国际法批判法学派的学者都比较勤奋。自1980年大卫·肯尼迪发表第一篇有关国际法批判法学研究的论文<sup>③1</sup>开始,国际法批判法学派的学者陆续发表了大量的论文和著作<sup>③2</sup>,从各个方面展开了对主流国际法学派的批判。然而遗憾的是,国际法批判法学派的这些研究似乎并没有引起主流国际法学派应有的重视。所以一直以来,“新潮流”(国际法批判法学派)与主流国际法学派之间的对峙实际上是割裂的和脱节的,两者之间缺乏实质的交锋。造成这种现象的原因,一方面是因为主流国际法学派不能对批判法学派的批判作出有效回应;另一方面也是因为

---

<sup>②8</sup> Nigel Purvis, Critical Legal Studies in Public International Law, *Harvard International Law Journal*, Vol. 12, No. 1, 1991, pp. 81 ~ 127.

<sup>②9</sup> Philip R. Trimble, International Law, World Order, and Critical Legal Studies, *Stanford Law Review*, Vol. 42, 1990, pp. 811 ~ 845.

<sup>③0</sup> Nigel Purvis, Critical Legal Studies in Public International Law, *Harvard International Law Journal*, Vol. 12, No. 1, 1991, p. 91.

<sup>③1</sup> 大卫·肯尼迪的论文——《国际法律话语的摇摆》(*Theses About International Law Discourse*),被认为是国际法批判法学派的“开山之作”。参见 Nigel Purvis, Critical Legal Studies in Public International Law, *Harvard International Law Journal*, Vol. 12, No. 1, 1991, p. 88. at note 41.

<sup>③2</sup> David Kennedy, Chris Tennant, New Approach to International Law: A Bibliography, *Harvard International Law Journal*, Vol. 35, 1994, pp. 417 ~ 460.

批判法学派的研究理论性过强,而且恣意散漫不成体系。<sup>③③</sup>因此,国际法批判法学派的研究似乎成了一种“空谷足音”和“自说自话”。

正是由于国际法批判法学派在整个国际法研究中处于孤立地位,所以到20世纪90年代中期以后,国际法批判法学派的研究渐渐走向了低调。但是应当指出的是,国际法批判法学派的学术轨迹并未因此而终结。时至今日,这些国际法批判法学派的学者,特别是大卫·肯尼迪、马尔蒂·科斯肯涅米、安东尼·卡蒂、奈杰尔·珀维斯等人的经典论著在国际法学界引证率仍然非常之高。而且时常还有一些学者应用批判法学的观点和方法研究国际法问题。<sup>③④</sup>所有这些至少说明国际法批判法学派的“香火”仍在延续。

### 三、国际法批判法学派的主要思想

国际法批判法学派最明显的特征就是反对现行国际法理论的实用主义(pragmatism)思想,并且被认为是在挑战现行国际法的自由主义意识形态和客观主义。<sup>③⑤</sup>在这一点上,国际法批判法学派实际上继承了批判法学对自由主义的批判——在国际法领域批判自由主义。<sup>③⑥</sup>该学派认为,“国际法的传统理念是建立在相互矛盾的前提之上的”。<sup>③⑦</sup>而所谓的相互矛盾的前

---

<sup>③③</sup> See Deborah Z. Cass, Navigating the New Stream: Recent Critical Scholarship in International Law, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 65, 1996, p. 342.

<sup>③④</sup> 如加利福尼亚西部法学院教授威廉·J.阿瑟维斯(William J. Aceves)在2001年曾发表论文《批判法学和国际法学视角的公匀分配研究》,从国际法批判法学派的视角研究国际法上的“公匀分配”问题。See William J. Aceves, Critical Jurisprudence and International Legal Scholarship: A Study of Equitable Distribution, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2001, pp. 299 ~ 393.

<sup>③⑤</sup> Oriol Casanovas, *Unity and Pluralism in Public International Law*, Translation by Francis Barrett and Ivan Kelly. Published by Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, The Netherland. 2001 Kluwer Law International, p. 23.

<sup>③⑥</sup> Sam Blay Ryszard Piotrowicz B. Martin Tsamenyi, *Public International Law: An Australian Perspective*, Oxford University Press, 1997, p. 410.

<sup>③⑦</sup> Tim Hillier, *Principles of Public International Law* (2nd edition), London/Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1999, 杨泽伟编注,中国人民大学出版社2005年版,第8页。



提就是国际法批判法学派所不遗余力加以批判的自由主义的内在矛盾。<sup>③⑧</sup>

该学派“不仅把国际法当作一套规则体系,更将其视为一种话语(discourse)。国际法批判法学派认为,国际法的话语有着深层次的结构。这一学派的目的是要发现国际争论所立基的深层次结构”。<sup>③⑨</sup>总的来看,国际法批判法学派通过对国际法话语深层次结构的分析,认为当代国际法具有下列四项缺点:“一是国际法的自由主义逻辑有着内在不一致的问题;二是国际法话语在一个受局限的结构中运作着;三是国际法分析存在着不确定性;四是国际法的权威仅能自我合法化。”<sup>④①</sup>

国际法批判法学派上述批判思想是通过两大问题——主权国家和国际社会整体之间的关系以及国际法之所以具有强制拘束力的原因所在——的讨论展开的。<sup>④②</sup>而国际法批判法学派研究的逻辑起点则是从国际法的渊源角度切入的。<sup>④③</sup>

---

<sup>③⑧</sup> 有学者指出,“无论国际法批判法学派内部存在多少不同意见,但是强调自由主义的内在矛盾是该学派的最重要的整体性特征”。China Miville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*, Koninklijke Brill NV 2005, p. 48. 对此,后文有详细介绍。

<sup>③⑨</sup> Oriol Casanovas, *Unity and Pluralism in Public International Law*, Translation by Francis Barrett and Ivan Kelly. Published by Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, The Netherlands. 2001 Kluwer Law International, p. 23.

<sup>④①</sup> Nigel Purvis, *Critical Legal Studies in Public International Law*, *Harvard International Law Journal*, Vol. 12, No. 1, 1991, p. 92. 以上内容还可参见杨永明:《国际法中主权地位的概念和演变》,载《台大法学论丛》1996年第25卷第4期。

<sup>④②</sup> “主权国家和国际社会之间的关系,寻求关于国际法在主权国家支配的世界中具有拘束力的令人信服的解释,这两大惯常主题看起来仍然出现在国际法理论研究的最新近的方法——即归属于普通的批判法学研究框架的方法——之中。”详见马尔科姆·N.肖:《国际法》(第5版),北京大学出版社2005年版英文影印本,第61页。

<sup>④③</sup> “该派学者试图超越法律的构成、法律与政策的相关性,并着眼于国际法律论述的矛盾和缺点,从方法论的角度对传统的实在法学派的国际法观念提出了猛烈的挑战,这种挑战主要集中在国际法的渊源方面。”Tim Hillier, *Principles of Public International Law* (2nd edition), London/Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1999, 杨泽伟编注,中国人民大学出版社2005年版,第8页。

### (一) 国际法话语的内在矛盾

大卫·肯尼迪对国际法的批判法学研究是开创性的。他的研究奠定了国际法批判法学派的理论基础。他的主要贡献在于揭示了国际法话语(international law discourse, international legal discourse)的内在矛盾。

在《国际法律结构》一书中,肯尼迪首先把国际法话语分为渊源、程序和实体三个部分。渊源话语涉及各种概念及其相互关系的界定以及各种类型的国际法之间的效力等级等内容。程序话语涉及国际法的各种主体(大多是国家)及其权力界限(比如对法律域外适用的限制)等问题。实体话语则涉及国际行为的实体规则。肯尼迪所作的这种分类本身并没有太多的新颖之处。但是基于这种分类,肯尼迪阐明了国际法话语所存在的内在矛盾。

肯尼迪认为在上述分类的每一种话语内部都存在着矛盾。因为每一种话语内部都包含着两种不同的立论方式(argument)。一种方式强调国家主权权威或国家的独立自主,侧重于认可国家之间相互竞争的一面;另一种方式强调国际共同体、正义等观念,侧重于认同国家之间相互依赖的一面。然而这两种方式在逻辑上是根本矛盾的。“任何一种立论方式都不能自圆其说而且也不能说服另一种。”<sup>④3</sup>然而,这两种立论方式却被国际法话语荒谬地整合在一起。

就渊源话语的内在矛盾而言,肯尼迪主要讨论了有关两种基本渊源(条约和习惯)的国际法话语的内在矛盾。肯尼迪认为,国际法的一个基本规则是“约定必须遵守”。因此条约之所以具有约束力是因为主权国家同意受条约的拘束。条约的这种拘束力被肯尼迪称作“刚性修辞”(hard rhetoric)。因为它强调主权国家的同意,体现的是主权的独立自主。然而,基于同意的这种“刚性修辞”也要受到其他理论的限制。比如,因胁迫而导致条约无效,因情势根本变更而导致条约终止。这些例外被肯尼迪称作“柔性修辞”(soft rhetoric)。它强调的是国家间相互依赖以及公平正义等一些非基于同意的因素。简言之,从类似于“正义”和“善”的观念中寻求效力的渊源(即

---

<sup>④3</sup> David Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden: Nomos, 1987, p. 31.

非合意型渊源)的理论基础是“柔性修辞”(soft rhetoric);而从国家的同意(consent)中寻求强制力的渊源的理论基础是“刚性”(hard rhetoric)。

这两种不同的立论同时存在于关于条约的国际法规则之中,构成了关于条约的国际法话语的内在的矛盾。有关习惯国际法的话语存在着同样的情况。习惯国际法之所以有效不是基于所有国家的同意,而是基于多数国家普遍一致的实践。在肯尼迪看来,这意味着习惯国际法的拘束力所立论的基础是共同体的利益、体系性价值等非基于同意的因素。但与此同时也存在着例外,即“一贯反对规则”:一个国家如果自始就反对某项习惯规则的形成,则该规则对该国家不产生拘束力。这一例外显然是在强调国家的主权权威和独立自主。可见,关于习惯国际法的国际法话语内部也存在着矛盾。

至于程序话语,肯尼迪则把它分为两类:参与理论(participation doctrine)和管辖权理论(jurisdiction doctrine)。参与理论涉及对国际法律事务参与者的界定,即国际法调整的是哪些参与者的利益,国际法规范的是哪些参与者的行为,其实就是国际法主体理论。管辖权理论涉及国际法主体的活动权限,其实就是指国家管辖权的范围。肯尼迪认为这两种理论之间也存在着矛盾。参与理论通过确立“国家承认”理论,从而将国际体系开放给所有适格的参与者并承认其所享有的权力。管辖权理论则通过探讨国家管辖权的界限、国际法院的管辖权、国家豁免和域外主权等问题,从而在整个国际社会中界定各种权力的行使界限。对国家而言,参与理论是开放的,并且是在迎合国家的主权权威。而管辖权理论则是规制性的,它界定主权利力的范围并使之受制于实体规范。参与理论强调国家主权的意志,而管辖权理论强调对国家主权的限制,因此二者之间存在着矛盾。

肯尼迪把实体话语也分为两部分:战争法(law of war)与和平法(law of peace)。根据他的分析,战争法与主权的独立自主相关。而和平法则与共同体利益相关。所以在这个意义上,战争法与和平法也是相互矛盾的。

## (二)主权概念的结构性矛盾

除了揭示出国际法话语的内在矛盾之外,肯尼迪对主权概念的批判法学解构对国际法的批判法学研究而言也具有根本性的意义。肯尼迪认为主

权概念内在的结构性矛盾是国际法话语内在矛盾的根源。

在肯尼迪看来,伴随着1648年威斯特伐利亚和会的召开而诞生的民族国家组成的国际体系(威斯特伐利亚体系)的基础就是主权概念。然而,这个主权概念是具有两面性的概念。首先,主权概念具有一个内在的或者说“积极的”面向,即在国家主权的管辖范围内,国家具有最高权力。主权的这种最高权威往往会让人们联想到民族主义、独立、自主、隔绝和利己主义等观念。但是主权概念还有一个外在的或者说“消极的”面向,即作为主权者,国家在整个国际社会是彼此平等的,而且并不存在一个更高的权威。主权概念的这一“平等”的面向会使人想到国际主义、相互依赖、合作、联合以及共同体等观念。可见,这里所说的主权概念的两面性就是指,国家主权对内的最高特性和对外的平等特性。

所谓主权概念内在的结构性矛盾就是指主权概念的上述两个面向之间的矛盾。这种矛盾也被称作主权概念的双重本质(dichotomous nature of sovereignty)。所谓主权的双重本质就是指:“主权权威的崇高性与主权平等原则的矛盾,就是主权对内方面和对外方面的矛盾。主权在本国领域范围内具有至高权威;主权在国际社会中彼此平等,没有一个更高的权威存在于国家之上,国家也以主权平等原则相互交往。”<sup>④④</sup>

主权概念的内在矛盾在国际法理论中无所不在,尤其明显地体现在有关国家豁免、国家承认、国际法的渊源和效力的国际法理论中。<sup>④⑤</sup>比如,国家豁免理论主张法院地国可以对外国国家的“商业行为”行使管辖权;同时法院地国要尊重他国的主权而赋予外国国家的“统治行为”以豁免权。在这里,国家豁免理论其实通过在某些情况下坚持主权独立而在另外一些情况

---

<sup>④④</sup> 赵建文:《国际法新论》,法律出版社2000年版,第100页。

<sup>④⑤</sup> Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1989, Re-issued with Epilogue by Cambridge University Press, 2005, pp. 192 ~ 263.

下坚持主权平等的方式应对了主权概念的内在紧张。<sup>④⑥</sup>再比如,关于国家承认的性质有两种学说:“构成(constitutive)说”和“宣告(declaratory)说”。构成说反映的是实在法学理论,宣告说反映的是自然法学理论。这两种理论相互对立。但这二者各自都不能自圆其说。针对主张新国家须经他国承认才可构成国际法主体的“构成说”,该国可根据国家主权相互平等而加以反驳;就“宣告说”而言,一国即使具备了国家的构成要素但如果得不到其他主权国家的承认,它就难以进行对外交往,从而也就无法实现其国际法主体资格。这样在国际法的主体资格问题上,自我决定和共同体决定都不能成为终局的和权威的决定。所以说二者在一定程度上又相互依赖。之所以会出现这种后果正是因为国家主权的双重本质。对他国的承认既可以看作是国家主权对内权威的实现也可以看作是国家主权对外平等的实现。如果把承认看作是国家主权对内权威的实现就会导向“构成说”,而如果把承认看作是国家主权对外平等的实现就会导向“宣告说”。主权概念的内在紧张还体现在试图解释国际法的渊源和效力的理论中。肯尼迪认为,在对国际法的实证主义解释框架中存在着两种观点:一种观点认为国际法是独立于国家行为,并且对国家行为而言是批判性的。根据这种观点,国际法完全是从一个独立于国家行为的渊源中产生的。从表面上看,这种观点反映了主权平等的这个面向。另一种观点则认为,国际法与国家行为密不可分,而且是以国家行为为基础的。根据这种观点,国际法的产生依赖于每个国家的行为。这种观点反映了主权概念的自主权威这一面向。这两种观点之间显然也存在着矛盾。总之,正如肯尼迪所说“主权权威和主权平等相互需要相互联系,但二者之间的紧张关系却难以解决”。<sup>④⑦</sup>

### (三) 国际法话语的修辞策略

“批判的国际法律研究方法……基于分析的语言哲学和一种解释的法

---

<sup>④⑥</sup> Richard L. O. Meara, *Applying the Critical Jurisprudence of International Law to the Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *Virginia Law Review*, Vol. 71, 1985, pp. 1183 ~ 1210, at p. 1187.

<sup>④⑦</sup> David Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden: Nomos, 1987, p. 145.

律理论 ..... 批判的法学研究方法特别注重语言的重要性。”<sup>④8</sup>从国际法批判法学派的观点来看,国际法话语只不过是一种语言学上的修辞策略(rhetorical strategy)。

由于主权概念的结构性矛盾造成了国际法话语存在着内在矛盾,所以,整个国际法的话语体系呈现出两大特征:第一,国际法话语在任何层次上都是二元结构(binary)。在国际法话语的每一个层级都可以甄别出两种相互对立的立场或观点。这正是国际法话语内在矛盾和主权概念结构性矛盾的体现。第二,更为重要的一个特征是,国际法话语为了自圆其说,便采用同时涵盖二元结构中相互对立的理论或观点,并允许其相互援引、相互解释、相互依赖的修辞策略,在解决实际问题时取其所需,掩盖其内在的矛盾和对立。

对此,肯尼迪仍然是从渊源理论开始分析的。如前所述,无论是有关条约的国际法话语,还是关于习惯的国际法话语,都包含着两种类型的理论:“刚性修辞”和“柔性修辞”。这两种对立的理论共存于关于渊源的国际法话语中,构成了关于渊源的国际法话语的二元结构。

肯尼迪指出,主权权威和主权自治倾向于导出刚性的渊源,而主权平等和相互尊重倾向于导出柔性的渊源。国际法话语正是通过同时涵盖这两种理论并掌控这两者之间的关系的修辞策略,把渊源理论作为一个整体来“解决”实际问题的。唯有如此,国际法话语才能既体现主权的权威又不至于受制于主权的权威。由此而建立起的法律秩序既可以体现主权也可以超越主权。

肯尼迪把这种修辞策略的具体方法表述为,“通过确立规则和例外,通过对对立理论或观点的调节,渊源话语看起来似乎同时考虑到了刚性修辞和柔性修辞,并且在特定的案件中终结了它们之间的对立 ..... 因此,国际法作为一个整体既体现着刚性的一面又体现着柔性的一面”。肯尼迪对这种修辞策略的表现作了进一步的解释,“我自己对多种渊源理论和案件的考察表明存在着大量的相当明显的修辞策略。其中最为显著的就是循环(repe-

<sup>④8</sup> 杨泽伟:《宏观国际法史》,武汉大学出版社2001年版,第390页。

tition) :将种种理论区分为合意型的和非合意型的,然后在区分每一种理论和它的例外时循环利用这一种区分,或者用非合意型的术语来解释已经被描述或采纳为合意型的理论。因此,当和条约相对而言时,习惯可以被看作非合意型的,但它可以用合意型的术语来描述,或者受一个基于合意的例外的限制——比如说,持续的反对者……”。<sup>④9</sup>

肯尼迪通过对北海大陆架案的专门分析来阐释他的观点。他认为在北海大陆架案中,法院一方面坚持“自然延伸原则”是基本的法律原则,从而依据“柔性理论”而认定此原则构成国际法。另一方面法院又反对“等距离原则”作为国际法的固有法律原则,因为法院认为该原则未获得当事国德国的同意从而不具有充分的合理性基础。显而易见,这里法院是从“刚性理论”出发来立论的。由此可见法院的立场呈现出一种变化和运动的姿态。肯尼迪认为法院的这种变化和运动的姿态就表明了法院在诉诸国际法的修辞策略。

肯尼迪还分析了程序话语和实体话语中也存在的修辞策略现象。但是除了这三种类型话语内部的修辞策略之外,肯尼迪还指出,在这三种类型的话语之间也存在修辞策略。在传统的理论中,渊源话语解释了国际法的根源和权威;实体话语提供了国家行为的具体规则;程序话语则为国家通过适用渊源和实体规则来解决国际法律问题提供了程序机制。传统国际法理论认为这三者的结合构成了一个无懈可击的规则体,可以解决任何国际法律问题。但是肯尼迪认为,传统的国际法理论掩盖了这三种理论的内在缺陷,即这三种理论本身并不能逻辑自洽,而是需要相互援引、相互支持。“渊源话语的证成需要诉诸通过程序话语所构建的国家,而且需要实体话语所界定和限制的暴力作为其合法性基础。程序话语的证成则需要在渊源话语中寻找其根源,并由实体话语所决定;实体话语的证成则需要程序话语界定范

---

<sup>④9</sup> David Kennedy, A New Stream of International Law Scholarship, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 7, No. 1, 1988, p. 31.

围,也需要在渊源话语中寻找根源。”<sup>⑤0</sup>而国际法内在一致的表象就是通过三种话语相互间的援引以及在特定情况下终结这种援引而达成的。在本质上,国际法理论在三种话语之间所采用的手法与每种话语内部所存在的修辞策略并无二致。

所以,肯尼迪认为,在国际法话语中,“逻辑无关紧要,因为它是一种在两种修辞(指柔性修辞和刚性修辞)之间持续摇摆的实践,这种实践为我们制造出一种问题得到了解决的感觉或者印象……(国际法的)理论必须将它们二者(指两种渊源理论)都包括进来并各对其进行一定的限制以使二者相互适应。失去了这种对柔性理论和刚性理论的极端观点的审慎限制,则(国际法的)理论会永远处于无法解决的危险中”。<sup>⑤1</sup>也正是在这个意义上,肯尼迪认为,“国际法话语是一种没有内容的对话——只是一种形式上的转换,目的在于逃避它所声称要解决的问题”。<sup>⑤2</sup>国际法话语的这一特征也被许多学者总结为“国际法话语的不确定性”。

#### (四) 国际法话语的内在矛盾根源于自由主义理论的内在矛盾

如果说作为国际法批判法学派的“教皇”的大卫·肯尼迪其主要贡献在于揭示了国际法理论的内在矛盾及其掩盖此种矛盾所采取的修辞策略,那么在大卫·肯尼迪研究成果的基础上,另一位著名学者马尔蒂·科斯肯涅米则对国际法理论进行了更深刻的解构。

在《从辩解到乌托邦:国际法律争论的结构》一书中,科斯肯涅米首先也描述了国际法话语内在的矛盾。他认为国际法话语是在相对立的观念之间游离,这种对立的观念就表现为“上行论述和下行论述”(ascending and descending arguments)之间的矛盾。科斯肯涅米所说的“上行论述”是基于国家行为、国家意志和国家利益来建构秩序的,这其实是通过各国的共同同意

---

<sup>⑤0</sup> David Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden: Nomos, 1987, p. 506.

<sup>⑤1</sup> David Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden: Nomos, 1987, pp. 32 ~ 33.

<sup>⑤2</sup> David Kennedy, *Theses About International Law Discourse*, *German Yearbook of International Law*, Vol. 23, 1980, p. 376.



而建立一些共同的标准或规范。与此相对,他所说的“下行论述”则追求的是从正义、共同利益、世界共同体的性质等观念中衍生出的秩序,这种秩序是先于和超越国家行为、国家意志和国家利益的,其实就是制定一种中立或者说客观的标准或规范来建构秩序。科斯肯涅米的“上行论述”和“下行论述”的划分是与前述肯尼迪所提出的“刚性修辞”和“柔性修辞”分别对应的。这两套论述是相互排斥的,其所导致的结果就是国际法话语的内在不一致及其采用的修辞策略。

因此,科斯肯涅米认为,国际法律的争论始终是在“辩解”(apology)(对国际行为的过度合法化解释)和“乌托邦”(utopia)(即国际法不可能对国际实践提供任何有说服力的解释)之间摇摆。由此他得出了一个国际法批判法学派最为经典的结论:“作为确立某种国际行为的合法性或者批判某种国际行为的工具,国际法本身是毫无用处的。因为它建立在一个相互矛盾的前提之上,它一方面表现为可以过度合法化,另一方面又表现为无法合法化:在过度合法化方面似乎国际法能够被援引来证明任何行为的合法性(辩解),其无法合法化方面则是因为它对国际实践不能提供任何有说服力的解释(乌托邦)。”这一结论与肯尼迪前述“国际法话语是一种没有内容的对话”的观点是完全一致的。

科斯肯涅米认为,上述矛盾的根源在于西方国际法理论的自由主义预设。现行的国际法话语是自由主义式的,而自由主义本身存在着内在矛盾。上述矛盾就是自由主义内在矛盾所间接引致的。

自由主义思想认为个体既是自由的又是平等的。但是由于个体的主观目的互不相同而且实际上是对立的,所以如果不存在高于一切的一些原则的话,个体之间的冲突是不可避免的。“自由主义观念的基本问题在于如何协调和处理个体自由与社会秩序之间的关系。”自由主义思想认为,解决这一问题的方法就是自由主义的法治理念。而自由主义的法治理念的本质则是其声称的客观性和中立性,其基本内涵就是把通过众意(popular will)而形成的抽象原则平等地适用于个体。但是,这种客观性和中立性显然是与自由主义的个体主义立论基础相矛盾的。

关于自由主义的这种内在矛盾,批判法学大师罗伯特·昂格尔曾在其

著作《知识与政治》中作出了精辟的分析。季卫东先生将昂格尔的分析总结如下:“在他(昂格尔)看来,17世纪形成的近代西欧社会的深层结构是起源于霍布斯(Thomas Hobbes)的自由主义世界观,而自由主义包含着深刻的矛盾和悖论:在心理学层面,表现为欲望和理性的纠葛;在认识论层面,表现为理论和事实的二律背反;在政治实践层面,表现为规则 and 价值的区别和紧张。”<sup>⑤3</sup>

在这种种内在矛盾中犹以“规则和价值”的矛盾最为重要。理性是普遍的,规则作为理性的体现因而也是普遍的;欲望是主观和个人的并且是区分个体的标志,而价值和欲望或者说愿望相勾连,也表现出主观任意性,所以“规则和价值”的矛盾说到底是一个接受并克服价值主观性的矛盾。可见,自由主义内在矛盾的核心所在就是价值主观性问题。所以我们看到著名的批判法学家凯尔曼甚至直接将昂格尔的学说概括为价值的主观性理论。<sup>⑤4</sup>

价值主观性问题非常深刻,它直接涉及了社会中人与人之间的关系。接受并克服价值主观性的矛盾反映了自由主义社会中“自我与他人”(self / other)的矛盾。而自我与他人的矛盾是社会普遍存在的一对基本矛盾。批判法学的“教皇”——邓肯·肯尼迪将这种矛盾理论化为“个人主义”(individualism)和“利他主义”(altruism)的矛盾。换句话说,接受并克服价值主观性的矛盾即体现为“个人主义”价值和世界观与“利他主义”价值和世界观的矛盾。所谓“个人主义”,就是承认在明确区分个人利益和他人利益的前提下,追求个人利益是合法的。所谓“利他主义”就是指,个人不得深深地沉溺于个人利益之中以至于忽略了他人的利益。利他主义意味着在必要时应有所牺牲或与他人共享某物。“个人主义”和“利他主义”的矛盾的根源在于,社会中每个人的自由既依赖于其他人和社会权力的合作和保障,同时又

---

<sup>⑤3</sup> 季卫东:《现代法治国的条件——读现代社会中的法律》,载 R. M. 昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社 2001 年版,第 283 页。

<sup>⑤4</sup> 朱景文主编:《对西方法律传统的挑战——美国批判法律研究运动》,中国检察出版社 1996 年版,第 137 页。

害怕他人与社会权力限制和威胁个人自由。<sup>(55)</sup>至此,我们应该可以把自由主义的最为本质的内在矛盾归结为:个人自由的要求——依赖他人又抵制他人——的内在悖论。这种内在悖论也正是邓肯·肯尼迪所说的“对于我们的自由来说,与他人之间的关系既是必要的又是不相容的”。<sup>(56)</sup>

科斯肯涅米认为,国际法话语中的自由主义本质体现在,一方面,类似于传统自由主义理论中的个人中心主义,国际法话语中的主权国家拥有着最高权威。另一方面,在国际法话语中同样不存在完全客观的真理。因此,国际秩序也被认为是建立在主观性和国家意志的基础之上。在国际法话语中,主权被视为国际社会的基础,而且被等同于国内社会中的个人。如此,国际法话语便将国内的个人自由概念转化为主权概念。经由这样的过程转化而来的主权概念必定在本性上与个人的自由相同。所谓的“个人主义”和“利他主义”的矛盾在国际社会就表现为,“一方面,如果不去通过围绕国家的种种社会关系来反映,我们就无法将国家概念化,或者界定国家究竟有多少自由。国际社会成员的自由范围必须受到其他成员自由范围的限制,或者说国际社会成员不能自我界定其自由的范围。然而,我们也不能完全从社会关系方面来界定国家、完全从外在规范视角来界定自由,这样就会忽视国家作为一个民族国家的个体特性(individuality)以及国家主张其独立和自决的合理性”。<sup>(57)</sup>由于个人自由存在着内在的矛盾,所以主权概念也势必存在着内在矛盾。而主权概念的内在矛盾决定了国际法话语充斥着矛盾。所有这些矛盾的集中体现就是国际社会的主权中心性质与国际法治之间的紧张,即国际法是以主权国家的实体政治价值为前提预设的,所以国际法不

---

<sup>(55)</sup> 有关“个人主义”和“利他主义”的更详细和深入的介绍可参考刘星:《法律是什么》,中国政法大学出版社1998年版,第210~211页;朱景文主编:《对西方法律传统的挑战——美国批判法律研究运动》,中国检察出版社1996年版,第352页。

<sup>(56)</sup> Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, *Buffalo Law Review*, Vol. 28, 1979, p. 211.

<sup>(57)</sup> Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1989, Re-issued with Epilogue by Cambridge University Press, 2005, p. 193.

可能成为真正中立和客观的规则。

#### (五) 对国际法反映国际社会共识的批判

国际法批判法学派在揭露国际法理论的内在矛盾和不一致的同时,“从方法论的角度对传统的实在法学派的国际法观念提出了猛烈的挑战”。<sup>⑤8</sup> 前已述及,实证法学派认为,国际法的效力根据在于各国达成的共同同意。进而国际法本身就是各国所达成的共同同意的内容,即国际社会的共识。“没有国家会服从一个在其之上的权力,他们只是接受并服膺立于国家间共识的国际法。”<sup>⑤9</sup> 菲德罗斯和辛玛甚至强调指出,国际法既不以正式条约为基础也不以一般习惯为基础,而是以“无形的共识”(formless consensus)为基础。<sup>⑥0</sup> 然而国际法批判法学派认为国际法并没有也不可能反映这种所谓的国际社会的共识,到目前为止的国际法并不真正是国际社会的共识的反映。<sup>⑥1</sup>

国际法批判法学派认为:首先,国际体系的规范、规则和制度(国际法)是由在国际体系中占支配地位的集团创造和建立的。<sup>⑥2</sup> 安东尼·卡蒂指出:“国际法批判法学派与主张国际法就是现实中各国之间共同意志体现的实证法学派相对立。关键的问题只不过在于是究竟确实存在着一个普遍国际法的实在体系呢,还是仅仅某些特定的国家及作为其代言人的法律学者才会诉诸此类实证主义的话语,以便将这种特殊的话语以普遍接受的法律话语的名义强加于其他国家之上。所以,后现代主义关心的是开掘出现实

---

⑤8 杨泽伟:《宏观国际法史》,武汉大学出版社2001年版,第390页。

⑤9 Ulich Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht (Lacunae in Public International Law)*, Duncker Humblot, Berlin, 1991, p. 29.

⑥0 Anthony Carty, *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law*, *European Journal of International Law*, Vol. 2, 1991, p. 86.

⑥1 关于对国际法反映国际社会共识的批判,可详参 William J. Aceves, *Critical Jurisprudence and International Legal Scholarship: A Study of Equitable Distribution*, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2001.

⑥2 William J. Aceves, *Critical Jurisprudence and International Legal Scholarship: A Study of Equitable Distribution*, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2001, p. 317.

中客观存在的差异和矛盾,而不是那些虚幻的所谓体现普遍和共同意志的东西。”<sup>〔63〕</sup>

国际法批判法学派的研究者认为,国际法是深深植根于欧洲文化的法律体系。而且几个世纪的帝国主义政策和殖民主义统治深刻地影响着国际法体系的发展前景。在国际社会处于支配地位的欧洲和北美各国的意志一直是国际法及其学术研究中的强势群体。

其次,国际体系的这些规范、规则和制度(国际法)有意无意间以其他集团的边缘化为代价巩固了统治集团的既得利益。<sup>〔64〕</sup>从前的霸权国家是今天的发达国家,从前的殖民地是今天的发展中国家。当欧洲和北美国家在繁荣发展时,非洲和拉美的国家仍然要和社会、经济、政治的不公正作斗争。而这种结果完全是在国际体系的规范、规则和制度(国际法)下形成的。换言之,由第三世界国家来承受边缘化的后果乃是被国际法赋予了合法性的。

最后,批判法学认定必须对现存的规范、规则和制度进行根本性的改造方能改善边缘化带来的恶果。<sup>〔65〕</sup>正如科斯肯涅米所指出的:“为了清楚明白地说明强势语言游戏压制而产生的危害,一种形式上的转变就成为必要……但是,如果我们所要寻找的正是那种外交和学术的共同同意与国际法所真正致力于实现的清晰目标之间存在的重大差距的话,突破就势在必行。”<sup>〔66〕</sup>

基于上述认识,国际法批判法学派进一步指出国际法非但没有反映国际社会的共识,而且当前的国际法和国际体系充斥着权力不对称性、边缘化

---

〔63〕 Anthony Carty, Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law, *European Journal of International Law*, Vol. 2, 1991, p. 68.

〔64〕 William J. Aceves, Critical Jurisprudence and International Legal Scholarship: A Study of Equitable Distribution, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2001, p. 318.

〔65〕 William J. Aceves, Critical Jurisprudence and International Legal Scholarship: A Study of Equitable Distribution, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2001, p. 319.

〔66〕 Martti Koskeniemi, Letters to the Editors of the Symposium, *American Journal of International Law*, Vol. 93, 1999, p. 361.

和从属性 (power asymmetries, marginalization, and subordination) 的特征。在很多方面,《联合国宪章》正是体现着困扰国际体系的权力不对称性、边缘化和从属性的典型例证。例如,安全理事会的成员国被分为常任理事国和非常任理事国。10 个非常任理事国每两年改选一次,而 5 个常任理事国(中国、法国、俄罗斯、英国、美国)自安理会于 1945 年设立以来一直保持不变。常任理事国在安理会中享有极大的权力。由于常任理事国具有否决权,所以它们可以阻止安理会任何决议的通过。这就造成了常任理事国不愿意增加安理会成员国数目以至“稀释”其权力的局面。此外,《联合国宪章》还为修正案的通过设置了障碍。而与此相对照,联合国大会就是一个完全民主的机构,大会实行一国一票制,没有任何国家拥有否决权。但是这个协商机构的权力与安理会的权力比起来就显得苍白无力了。

除了联合国安理会之外,布雷顿森林体系 (Bretton Woods Institutions) 也是国际体系中体现从属化的典型例子。布雷顿森林体系的主要机构——国际复兴开发银行 (World Bank, 世界银行) 和国际货币基金组织 (IMF) 是为了促进战后货币和金融稳定而于 1944 年设立的。国际复兴开发银行和国际货币基金组织的成员对任何国家开放。然而这些机构的投票权设置却缺乏平等的特征。布雷顿森林体系内一国的投票权与其经济财力直接关联。这样的投票权设置显然是要赋予作为国际社会统治集团的欧洲和北美各国等发达国家以更大的权力。

此外,国际法批判法学派甚至认为,国际法学的研究长期以来也处于欧洲学者的支配之下而表现出一种学说上的形式主义。譬如,维多利亚、苏亚利兹、格劳秀斯和瓦特尔的著作构成了“原始国际法”的核心。欧洲学者对 18、19 世纪国际法发展的影响得到了广泛的宣扬。而且通过对 20 世纪最受敬重的国际法学家和国际法学著作的列举,也可以看出欧洲学者持续的

支配地位。<sup>⑥7</sup>

#### (六) 国际法理论的重新建构

由于国际法批判法学派否定任何客观知识的可能性,所以它对国际法的解构和批判是彻底的和根本的。因此,一些学者在进行解构和批判时,也作了一定的保留,避免走进极端的立场。肯尼迪就在一定程度上认同了传统国际法的可接受性。然而,另外一些学者则在彻底解构和批判国际法的基础上,试图建立起新的国际法理论体系取而代之。

科斯肯涅米提出了“批判的规范性实践”(critical-normative practice)理论来取代传统的国际法理论。在传统国际法理论看来,国际法实际上是由主权国家创制的。如前所述,正是因为主权国家这一构造导致了国际法内部的结构矛盾。因此科斯肯涅米认为,要建构起新的正当的国际法理论,必须摒弃传统国际法理论的造法方式,转而寻求新的国际法造法方式。这种新的国际法造法方式就是通过国际法律人的批判性实践来产生国际法。

具体来说,他认为,国际法律人(international lawyer)不能只是作为法律专家,而应当成为对探求最公正的法律以及争端解决方法保有职业忠诚的社会活动家。国际法律人应当在承认现实中存在冲突的前提下解决具体的争端。在解决争端的过程中,国际法律人应当意识到他不可能掌握某种客观的解决方法,也就是说他无法避免自己的偏见。因此,他们不能妄图寻求某种一般性的原则或者所谓客观的国际法规则,而只能以解决争端本身为目的,达至对争端最能为人们所接受的解决方法。这种解决争端的方法完全是具体的和场景化的,而且没有被赋予内在的价值,也就是说它是纯粹工具性的。因此,某种争端解决方法一旦被采用就永远面临着根据具体情形和具体要求加以调整的命运。在科斯肯涅米看来,国际法就是这样一种

---

<sup>⑥7</sup> 比如: Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (5th ed. 1998); Oppenheim's *International Law* (Sir Robert Jennings & Sir Arthur Watts eds., 9th ed. 1992); Akehurst's *Modern Introduction to International Law* (Peter Malanczuk ed., 7th ed. 1997); Hans Kelsen, *Principles of International Law* (1952); Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights* (1950)。

由国际法律人来解决具体争端的过程。也就是说科斯肯涅米把国际法看作是“一种试图找到解决争端最可接受之方法的实践,一种关于如何具体行为的对话”<sup>⑥8</sup>。科斯肯涅米特别强调国际法律人在从事上述解决具体争端的实践活动的时候,必须始终坚持对客观主义观念的批判态度。

科斯肯涅米所提出的“批判的规范性实践”(critical-normative practice)理论对国际法进行了全新诠释。它避开了传统国际法理论诉诸客观性规则的必然要求,而无须提供某种一般性规则,同时也不再进行价值判断。因此,在理论上“批判的规范性实践”理论似乎走出了传统国际法的困境。然而,科斯肯涅米的“批判的规范性实践”理论是一种不彻底的理论。因为该理论虽然更新了对国际法的认识,但却并没有深入分析和展开描述新型国际法的具体构造。

除了科斯肯涅米之外,德国学者弗里德里希·B. 克拉托奇韦尔和厄利希·法斯滕拉特在国际法理论的重新构建上也颇有建树。这两位学者,在科斯肯涅米的“批判的规范性实践”(critical-normative practice)理论的基础上阐释了一种国际法的社会理论。他们在很大程度上借鉴了当代德国最负盛名的社会学家、哲学家和思想家,法兰克福学派第二代最重要的代表人物哈贝马斯的“交往行动理论”(communicative action,也译为“沟通行为理论”、“商谈行为理论”)。

首先有必要对哈贝马斯“交往行动理论”作简要的介绍。“交往行动理论”是一个非常庞大的理论体系,但其核心在于对“交往行动”或者“交往行为”这一概念的理解。哈贝马斯将人的活动分为四类:目的行为(teleological action)、规范行为(normative action)、戏剧行为(dramaturgical action)和交往行为(沟通行为)。而哈贝马斯对交往行为下的定义是:“交往行为是以象征(符号)为媒介的相互作用。这种相互作用是按照必须遵守的社会规

---

<sup>⑥8</sup> Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1989, Re-issued with Epilogue by Cambridge University Press, 2005, p. 486.



范进行的,而必须遵守的规范又是给相互期待的行为下定义的,并且至少必须被两个行动着的主体理解和承认”。交往的主要形式是对话,通过对话以求达到人们之间的相互“理解”和“一致”,因此,交往行为是以“理解为导向的行为”。换言之,是“以理解为目的的行为”。哈贝马斯认为,只有使人们都能承认与重视共同的社会规范标准,以之来调节与约束人们的行为,才能建立正常的交往关系,消除冲突,使社会关系不受破坏,社会秩序得以维护。然而,以社会规范来协调的行为,不是自动产生的。他只有通过人们的交往与对话,才能取得一致的认识并使行为协调。所以,“共同的认识具有协调行为的功能”。而且他认为,“交往行为理论的基本任务就是给‘可能的谅解’创造‘全面的条件’”,也就是实现“交往的合理化”。而所谓的“交往的合理化”,其核心就是让对话主体间进行没有任何强制性的诚实的交往与对话,以求相互“谅解”。也就是说,只有排除了权力的调解,使“进行交往的双方,谁也不能用追求自己取得成果的思想 and 行为来强行影响对方做出判断”,这时的交往才是合理的。<sup>⑥9</sup>

其实“交往行动理论”和“交往合理化理论”已经隐约地表达了哈贝马斯后来在其名著《在事实与规范之间》所提出的“程序主义法范式”(proceduralist paradigm of law)的理念。对此,高鸿钧先生指出,“程序主义法是他(哈贝马斯)的沟通行为理论在法治问题上的延伸。它主要是指所有利害关系的人们,借助人们的语言交流的有效性和达成特定规范和共识的可能性,通过平等、自由条件下的理性协商与话语论证,通过意志协调达成规则共识,从而形成作为法律的生活规则。因为在这种沟通形式中,利害关系的人们选择何种规则,该规则体现何种价值,都是不确定的,完全取决于他们的协商,唯一确定的是规则形成的沟通程序,因而这种法被称为‘程序主义法范式’。在他看来,只有这样的法律,即每个人既是立法者,同时又是守法者,才具有实质合理性。因为这种规则是人们自己形成的,他们可以避免被迫服从外部强加的规则;因为这种规则是相关人们在特定语境下针对特定问题形成的,它们可以满足相关人们具体的实际需求;因为这种规则中包含

---

<sup>⑥9</sup> 欧力同、张伟:《法兰克福学派研究》,重庆出版社1990年版,第418~420页。

了所有相关人们的价值判断,因而可以避免形式法那种‘工具合理性’的专断”。<sup>⑦①</sup>

在“程序主义法范式”中,哈贝马斯反对自然法的关于依据不同层次的尊严而形成的法律等级体系的观念。也就是说,实在法不能也不再通过把自己归属于较高的道德法确立自身的合法性。实在法仅仅通过从推定的理性意见和意志形成的程序中获得其合法性。总的来看,哈贝马斯“交往行动理论”和“程序主义法范式”的提出,其根本目的在于重建法治的合法性基础。

克拉托奇韦尔和法斯滕拉特紧跟哈贝马斯的“交往行动理论”提出了他们自己的国际法理论中的“交往行动理论”。克拉托奇韦尔和法斯滕拉特引入“交往行动理论”的目的是试图消解国际社会各个国家之间存在的价值冲突问题(本质上也就是前面所提到的价值主观性问题),同时重构国际法理论的合法性基础。“文化价值多元化的问题在当代国际法中愈显突出,原因在于当代国际法大量引入了类似和平和正义的非常模糊的价值原则。比如,衡平(或译为公平)原则就被作为国际海洋法的法律原则。”<sup>⑦②</sup>“我们所要解决的问题是如何处理关于意义和价值上的不同观念。所以对我们而言,国际社会成员相互之间的分歧不是结论而是起点。国际社会成员不可避免地要寻求普遍的无偏见的一致意见。”<sup>⑦③</sup>为达此目的,他们诉诸了“交往行动理论”。克拉托奇韦尔指出,通过分析规则类型的特殊原因可以决定规范的主体间的有效性(inter-subjective validity)。<sup>⑦④</sup> 我们所需要的是调查一种境

⑦① 高鸿钧:《现代法治的出路》,清华大学出版社2003年版,第277~278页。

⑦② Ulich Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht (Lacunae in Public International Law)*, Duncker Humblot, Berlin, 1991, pp. 51 ~ 52.

⑦③ Ulich Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht (Lacunae in Public International Law)*, Duncker Humblot, Berlin, 1991, pp. 99 ~ 100.

⑦④ “规则的主体间的有效性,是指只有通过一个主体(甲)在另一个主体(乙)的批评面前成功地捍卫了说自己是遵守了一条规则的立场之后,才能说他不仅仅是认为他在遵守规则,而确实也有理由说他在遵守规则。只有在这种情况下,才存在着一条适用于甲和乙的行为的规则。”引自童世骏:《没有“主体间性”就没有“规则”——论哈贝马斯的规则观》,载文化研究网 <http://www.culstudies.com>。

况,在此种境况下,特定类型的原因可以为遵守规则提供充分的合理性证明:这本身就是一种更具包容性的“交往行动理论”。<sup>(74)</sup>

依据“交往行动理论”,法斯滕拉特反对将国际社会视为由封闭自足的系统所构成的,他认为国际社会是由对话的参与者构成的。<sup>(75)</sup>实际上,法斯滕拉特是将各个国家视作对话的参与者。这些对话参与者的交流依赖于对同一文本意义以及相关背景达成的共识。国际法就是要描述这种主体间交流的过程。克拉托奇威尔坚信对于交流的构架而言存在着一个基本的文本,这个基本文本可以保证在一种普遍接受的价值立场上作出得到普遍同意和普遍支持的实际判决。<sup>(76)</sup>

通过“交往行动理论”的引入,国际法的合法性基础不再建立于逻辑上不能自洽的实证法理论或自然法理论上,而是被置于“沟通行为网络”或者说一种具有充分正当性的共同体法治之上。换言之,国际法的效力被归因于沟通程序和交往行为本身。但是,我们知道对于交往或者沟通而言,存在着一个合理化的问题。为了实现国际社会的交往合理化,必须排除国际社会中的强制性权力的干预。而这样的国际社会无疑是一种非常松散的非实体的社会。所以国际法批判法学派所支持的正是这种“国际关系中成熟的无政府状态”。<sup>(77)</sup>

总而言之,作为西方马克思主义最重要组成部分的法兰克福学派的理论,尤其是哈贝马斯的理论向来就是批判法学的学术源泉和思想资源。国

---

<sup>(74)</sup> See, Friedrich. B. Kratochwil, *Rules, Norms and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Society*, Cambridge University Press, 1989, p. 97.

<sup>(75)</sup> Ulich Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht (Lacunae in Public International Law)*, Duncker Humblot, Berlin, 1991, p. 27.

<sup>(76)</sup> Friedrich V. Kratochwil, *Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge University Press, 1989, p. 247.

<sup>(77)</sup> 杨泽伟:《宏观国际法史》,武汉大学出版社2001年版,第390页。还可参见Anthony Carty, *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law*, *European Journal of International Law*, Vol. 2, 1991, p. 66.

际法学者借用哈贝马斯的理论来阐述批判国际法理论,重构国际法理论的合法性基础,不失为一种颇有新意的创举。

#### 四、对国际法批判法学派的反思

通过对国际法批判法学派思想观点的简要梳理,我们可以看出:国际法批判法学派学者试图超越法律的构成内容、法律与政策的相关性等问题而着重研究国际法话语中的矛盾、伪善和不足之处。同时,国际法批判法学派学者还强调文化对法律发展的重要意义,并对法律依赖于国家主权所取得的进步提供了一种批判性的观点。国际法批判法学派与实证法学理论针锋相对,对实证法学理论关于法的性质的若干假设及其法律方法提出严正的质疑。借助于反基础主义的理念(anti-foundationalist ideas),国际法批判法学派质疑了实证法学理论的一些基本概念和假定,如国际法律体系的完善性和实存性。另外,国际法批判法学派也对法律制定者和法律制定程序的逻辑正当性提出了挑战。国际法批判法学派还特别地否定了任何关于法反映社会共识的假设,并认定所谓的共识不过是一部分人的偏好而已。所有这些观点无不说明国际法批判法学派研究的深刻性。从某种意义上说,批判的国际法方法是最激进的一种方法论。基于国际法批判法学派的“解构”性质,有学者甚至认为国际法批判法学派是国际法的最后一种研究方法。如同福朗西斯·福山所预见的“历史的终结”一样,国际法批判法学派将终结国际法研究方法的历史。<sup>⑦⑧</sup>

然而也有学者对国际法批判法学派的思想观点提出异议。如美国杜克大学法学院的迈克尔·拜尔斯(Michael Byers)教授在其著作《习惯、权力和规则的权力:国际关系和习惯国际法》(*Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*)中就

---

<sup>⑦⑧</sup> 杨泽伟:《宏观国际法史》,武汉大学出版社2001年版,第390~391页。另请参见 Steven R. Ratner & Anne-Marie Slaughter, Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Readers, *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 2, 1999.

对国际法批判法学派提出三点批评:第一,国际法批判法学派学者虽然揭示了权力的运作会影响到国际法律体系中法律的创制,但他们却疏于对此进行详细具体的解释。第二,马尔蒂·科斯肯涅米和其他一些学者没有把程序和通过程序制定的规则二者区分开来。虽然程序是不确定和存在争议的,但是通过这种程序制定的规则却是真实可见的。第三,国际法批判法学派的内在矛盾、内在不一致、内在分裂(dichotomies)其实是法律的多样性(diversity)的产物。这非但不应遭到批判反而应当受到鼓励。而且科斯肯涅米所谓的“辩解”(apology)和“乌托邦”(topia)之间的紧张关系完全可以通过诉诸最深的概念层次的共同理解来加以解决。<sup>⑦⑨</sup>虽然,拜尔斯的这些批评不乏切中肯綮之处,但这些批评并不能否定国际法批判法学派对传统国际法理论批判的合理性和科学性。<sup>⑧⑩</sup>

笔者认为,国际法批判法学派的思想观点特别是对传统国际法理论内在矛盾的揭露的确把握住了要害问题,动摇了传统国际法理论的合法性基础。而且这种认识已逐渐得到了学术界和实务界的重视。2000年,时任联合国国际法委员会委员格哈德·哈夫纳(Gerhard Hafner)在第55届联合国大会上提出了一份《国际法不成体系的危险》的专题报告。该报告系统地提出了国际法体系由于存在着内在矛盾,因而明显地表现为一种不成体系的状况。两年以后也即2002年,联合国国际法委员会第54届会议决定针对该专题设立一个研究组,并将该专题的名称改为“国际法不成体系:国际法多样化和扩展引起的困难”。2003年,联合国国际法委员会任命马尔蒂·科斯肯涅米为该研究组的主席。2006年,国际法委员会通过了马尔蒂·科斯肯涅米提交的研究组报告《国际法不成体系问题:国际法多样化和

---

<sup>⑦⑨</sup> See, Byers Michael, *Custom, Power and Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, 1999, pp. 210 ~ 213.

<sup>⑧⑩</sup> 对拜尔斯作出的批评的回应,请参见 Gerry Simpson, *The Situation on International Legal Theory Front: the Power of Rules and the Rule of Power*, *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2, 2000, pp. 461 ~ 464.

扩展引起的困难》<sup>⑧1</sup>。该报告认为,国际法不成体系就是指国际法各种规则或规则体系之间存在着日趋严重的冲突。这种冲突反映出在多元化(全球)社会中行为主体的不同追求和偏好。由这一论断可见,国际法委员会已经认同了价值主观性与国际法内在冲突之间存在着一定的联系。

应该说,所谓的国际法不成体系问题归根结底还是在探讨国际法体系的内在矛盾。这种探讨无疑和国际法批判法学派的思想观点有一定的渊源关系。笔者认为,从马尔蒂·科斯肯涅米被任命为该问题研究小组的主席也可看出该项研究与国际法批判法学派存在的某种联系。或者至少可以说国际法批判法学理论势必影响到了该项研究的进程。

当然,在肯定国际法批判法学派思想观点的可取之处的同时,我们也不能对该学派的缺陷视而不见。首先,从前文对该学派思想观点的介绍可以看出,该学派不同学者之间的观点有明显的差异,甚至存在抵牾之处。比如对传统国际法而言,一些学者持完全否定的态度,而另外一些学者则是持谨慎的保留态度。其次,该学派的批判理论和建构理论之间似乎也存在着冲突。在批判的一面,该学派在认定国际法理论存在自由主义式内在矛盾的前提下,从价值主观性出发完全否认了国际共识的可能性。但是在建构的一面,无论是科斯肯涅米的“批判的规范性实践”理论,还是克拉托奇韦尔与法斯滕拉特的所谓国际法的交往行动理论又都在一定程度上含蓄地以确认存在某种共识为前提。有学者认为上述建构理论重新陷入了该学派所不遗余力加以批判的自由主义悖论的泥淖之中,即,在强调价值主观性的同时又不得不去寻求某种客观中立的权威。<sup>⑧2</sup>另外,就该学派的建构理论而言,其最显而易见的不足之处表现在其所试图构建的全新的国际法理论图景虚无缥缈,有空中楼阁之嫌。原因在于,国际法批判法学派试图引入“交往行动理论”消解价值主观性问题并克服国际法理论的内在矛盾,但是能够保证

---

<sup>⑧1</sup> 《国际法不成体系问题:国际法多样化和扩展引起的困难》,联合国文件,A/CN.4/L.682.第491段。

<sup>⑧2</sup> Anthony Carty, Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law, *European Journal of International Law*, Vol. 2, 1991, pp. 88 ~ 89.

“交往合理化”的“沟通语境”——“国际关系中成熟的无政府状态”——却难以在现实中找到原型。质言之,国际法批判法学派对国际法理论合法性的重构不具有现实性的论证基础。

国际法批判法学派所面对的上述困境基本上可以归结为一句话——“解构彻底而建构无力”。也就是说,尽管国际法批判法学派对传统国际法理论的解构是深刻的和有说服力的,但是其建构新型国际法理论的努力却基本上是失败的。因此,从长远来看,国际法批判法学派如果意图有进一步的发展,如何在解构了传统国际法理论后建构起更具正当性和说服力的新理论无疑是其研究的重中之重。对此,我们只有拭目以待。